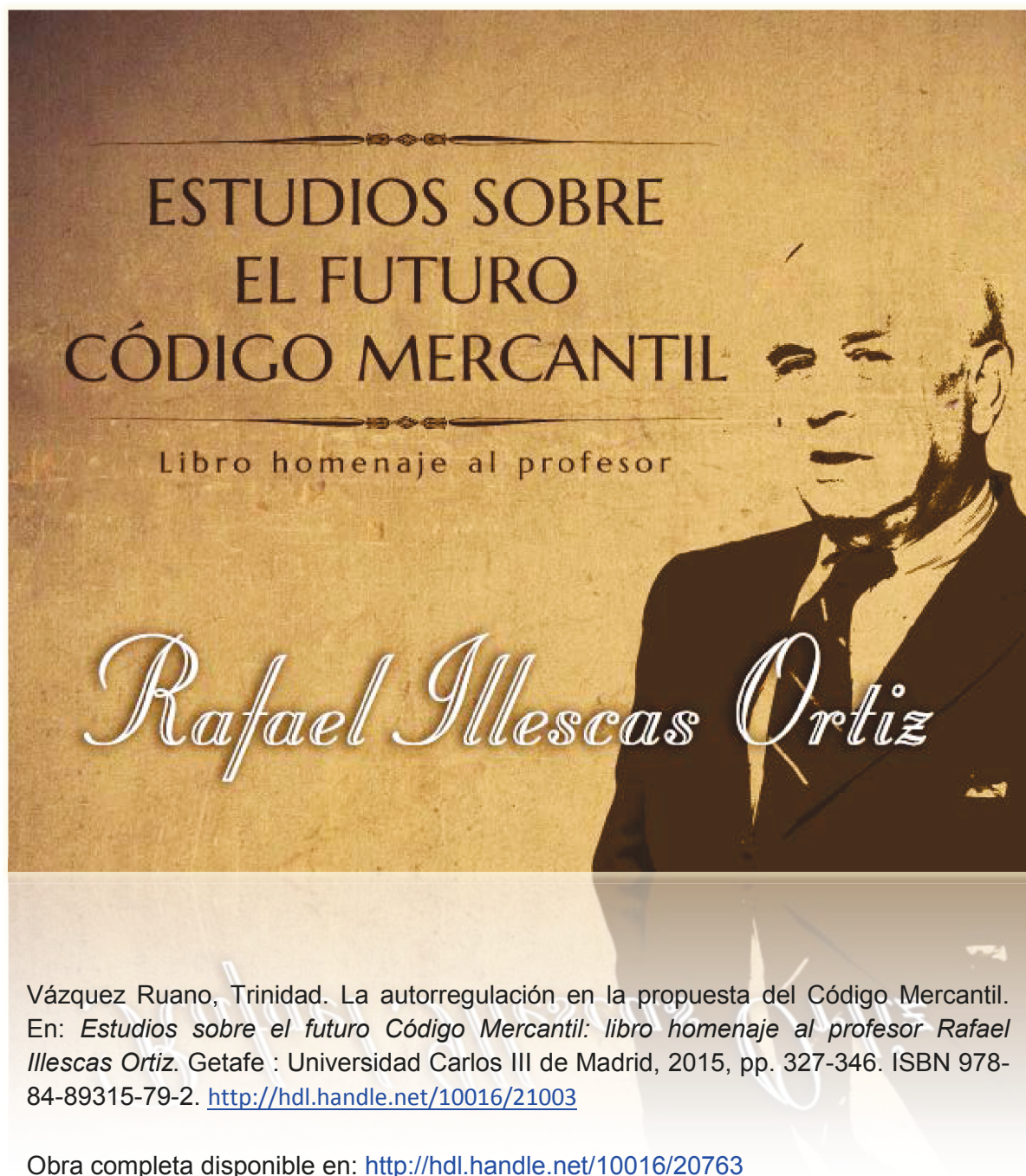




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia
Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0
España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA AUTORREGULACIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO*

Resumen

La aprobación de códigos de conducta o de buenas prácticas profesionales ha proliferado en la actualidad, entendiéndose como un complemento de la regulación vigente respecto de ciertos ámbitos y comportamientos del tráfico económico. Sin embargo, pese al alcance y utilidad en determinados sectores del mercado, su previsión también plantea cuestiones en el marco de la competencia tanto desde la óptica del perjuicio que se puede ocasionar a los participantes en el mercado, como respecto de los actos que suponen un obstáculo al juego de la libre competencia en el mismo. Razones éstas que han llevado al legislador a establecer la necesidad de normar esta forma de autorregulación y a limitar conductas en relación a la misma que se contraponen con los intereses de los sujetos que actúan en el mercado. En este sentido, la Propuesta de Código mercantil recoge, como novedad, junto a las materias del Derecho mercantil en sentido estricto el régimen aplicable a la competencia, incluyendo disposiciones específicas sobre los códigos de conducta.

Contenido

1. Introducción. – 2. Conceptualización de los códigos de conducta y los iconos de confianza. – 3. Previsiones jurídicas en materia de competencia desleal. La LCD y la Propuesta. – 3.1. Prácticas desleales en relación con los códigos de conducta. – 3.2. Disposiciones normativas específicas sobre códigos de conducta. – 4. Conexión entre los códigos de conducta y la defensa de la competencia. – 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de códigos de conducta resulta un mecanismo idóneo para complementar las previsiones jurídicas vigentes en una determinada materia y, en particular, en lo que respecta al ámbito del mercado. Por ello, en el panorama normativo europeo se instó tanto a los Estados miembros, como a la Comisión a promover y desarrollar la aprobación de códigos de conducta entre las entidades, difundiendo el conocimiento acerca de este sistema de autonormación, así como la creación de mecanismos

* Acreditada Profesora Titular de Universidad. Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho mercantil. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad de Jaén.

extrajudiciales de resolución de controversias con la pretensión de disponer de un sistema transfronterizo de reclamaciones¹.

No obstante, la proliferación del sistema autonómico y los efectos jurídicos que su establecimiento comporta en la práctica empresarial, han hecho necesaria una regulación expresa de los mismos y también de ciertos comportamientos que –en relación con ellos- pueden afectar a la competencia leal en el mercado, suponiendo un perjuicio para los sujetos que participan en él. En este sentido, el legislador comunitario establece el fomento del sistema autonómico, siendo consciente de la relevancia de los códigos de conducta en el ámbito empresarial y de la limitación de prácticas comerciales desleales sin que sea preciso recurrir a acciones administrativas o judiciales. Pero insta que en su elaboración se cuente con la participación de las organizaciones de consumidores con objeto de alcanzar un nivel adecuado de tutela de dicho colectivo². Pues ya en el texto normativo precedente, el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la UE³, se ponía de manifiesto la necesidad de reformar la legislación comunitaria en la medida en que uno de los obstáculos principales con los que se encontraba la correcta evolución y desarrollo del comercio interior era la divergencia entre las legislaciones internas de los Estados miembros. En cumplimiento de este requerimiento, se aprobó la Directiva marco sobre las prácticas comerciales desleales de las entidades en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, aunque el propio texto de la misma admite la posibilidad de unir sus disposiciones con la autorregulación en virtud de alcanzar una adecuada protección de los intereses de los consumidores.

Siguiendo este mandato y las previsiones normativas de ámbito europeo, nuestro legislador aprobó la Ley 29/2009⁴ que supuso una modificación de la regulación de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios vigente hasta el momento, de acuerdo con las exigencias del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en él. Esta reforma afectó a aspectos tan relevantes como: las conductas y comportamientos desleales⁵ y la

¹ Nos referimos, en particular, a la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior ('Directiva sobre el comercio electrónico', DOUE L 178 de 17 de julio).

² Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior que modifica la Directiva 84/450/CEE, la Directiva 97/7/CE, la Directiva 98/27/CE y la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ('Directiva sobre prácticas comerciales desleales', DOUE L 149/22, de 11 de junio 2005).

³ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 (COM (2001) 531 - no publicado en el Diario Oficial).

⁴ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31 de diciembre).

⁵ En concreto, los actos de engaño, de confusión, de denigración, la imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, la discriminación y dependencia económica, la venta a pérdida y las prácticas agresivas, arts. 5-17 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero, BOE núm. 10, de 11 de enero, en adelante LCD).

difusión publicitaria⁶, incluyendo un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y los agresivos, así como normas procesales tendentes a establecer acciones de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores⁷; previsiones en materia de defensa de los consumidores⁸, en concreto respecto del deber de información por parte de los empresarios y, en materia de deslealtad, se rectifica la cláusula general y se recoge una regulación explícita de las prácticas comerciales con los consumidores; y otras cuestiones relativas a la ordenación del comercio minorista sobre las ventas promocionales⁹. Si bien, la novedad de mayor calado en relación con la tutela de los consumidores en el mercado es la previsión de un apartado específico dedicado a regular los códigos de conducta, incluyendo el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a ellos que actúen en contra de las obligaciones asumidas o incurran en actos desleales, así como frente a los responsables de los códigos que fomenten actos opuestos a la leal competencia en el mercado.

Por su parte, la Propuesta de Código mercantil¹⁰ que nos ocupa en el presente trabajo introduce una novedad merecedora de nuestra valoración, cual es la inclusión de la competencia en el mercado junto a las tradicionales materias de Derecho mercantil. Pues, como es sabido, la ordenación de la competencia se hallaba regulada a parte de la legislación mercantil en sentido estricto y, por tanto, ajena al Código de Comercio en vigor. Ello nos permite considerar que la Comisión de codificación ha pretendido instaurar una nueva concepción del Derecho mercantil que se amplía al aglutinar, además, el comportamiento de los que participan en el mercado, bien se trate de empresarios o de cualquier operador que actúe en dicho ámbito¹¹. Ello se debe a que, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la misma, su pretensión es garantizar la unidad de mercado en el ámbito privado y la seguridad jurídica de los operadores económicos. En este sentido, la determinación de la materia mercantil se hace desde la idea de mercado¹², volviéndose a la concepción del Derecho mercantil como el Derecho de una clase de personas (el empresario titular de una empresa u organización

⁶ Art. 18 de la LCD. En materia publicitaria, se modifica el art. 1 y el Título II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15 de noviembre, en adelante LGP), así como los arts. 9 a 24 del Título III (actuales arts. 7 a 22) y se deroga el Título IV del mismo texto normativo.

⁷ A saber: la cláusula general de deslealtad (art.4 de la LCD), las prácticas desleales con los consumidores (arts. 19-31 de la LCD), los códigos de conducta (arts. 37-39 de la LCD) y ciertos aspectos procesales (arts. 32-36 de la LCD).

⁸ Nos referimos a los arts. 8, 18, 19, 20, 47.3º, 49.1º, 60, 63 y 123 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre, en adelante LGDCyU).

⁹ En particular, la modificación de los arts. 18, 22, 23 y 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero, en adelante LOCM).

¹⁰ Propuesta de Código mercantil, de 17 junio 2013, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, sección 2ª de Derecho mercantil (en adelante, Propuesta), en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content->

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_codigo_mercantil.pdf](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_codigo_mercantil.pdf) (consultada por última vez el 1 de diciembre de 2014).

¹¹ Puntos I-22 a I-25 de las Consideraciones generales de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

¹² Puntos I-9 y I-10 de las Consideraciones generales de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

económica de producción de bienes o prestación de servicios) y de una tipología de actividades (actos y contratos calificados de mercantiles).

El tratamiento de la competencia como parte del Derecho mercantil en la Propuesta se efectúa desde las dos perspectivas jurídicas de la misma y que analizaremos a lo largo de este trabajo. A saber: de un lado, la defensa de la competencia respecto de las prácticas que suponen una restricción de ella; y, de otro, en cuanto a las actuaciones desleales en el mercado. A este respecto, la Propuesta incluye un Libro dedicado al Derecho de la competencia y de la propiedad industrial¹³ en sentido sustantivo y, a su vez, sistemático. El aspecto sustantivo se refleja en la inclusión de normas generales sobre la leal competencia, así como otras en materia de defensa de la competencia, principios reguladores de los comportamientos de los sujetos que actúan en el mercado y sobre las posibles acciones judiciales y cuestiones del procedimiento civil en el ámbito de la competencia desleal y en el de la defensa de la competencia. Por su parte, el sentido sistemático de la Propuesta implica la formalización de los principios que se ocupan de la ordenación de las conductas que se llevan a cabo en el mercado y que, como se ha adelantado, hasta el momento habían quedado fuera de las previsiones del Código de Comercio y del Derecho mercantil en su sentido más restringido.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LOS ICONOS DE CONFIANZA

Los códigos de conducta engloban un conjunto de pautas de comportamiento que comprometen al que de manera voluntaria ha manifestado su intención de vincularse al cumplimiento de las mismas. La norma comunitaria vigente en materia de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, se encarga de establecer una delimitación conceptual de los códigos de conducta. A este respecto, se entiende que se trata de:

un acuerdo o conjunto de normas no impuestas en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos¹⁴.

¹³ Libro III de la Propuesta.

¹⁴ Véase el art. 2, f) de la Directiva 2005/29/CE. Sobre las normas de conducta no impuestas, véanse los trabajos de: DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año 23, n^o. 94, 2004, pp. 87-116; MEDINA MALO DE MOLINA, E., “Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Códigos de conducta. Resolución judicial y extrajudicial de conflictos”, en VV.AA. *Derecho de Internet (La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, MATEU DE ROS-LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (coords.), Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 538-542; MOLES PLAZA, R. J., *Derecho y control de Internet. La regulabilidad de Internet*, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 46 y 76-77; PATIÑO ALVES, B., *La autorregulación publicitaria*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 63-73; VELÁZQUEZ BAUTISTA, R., *Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (T.I.C)*, Colex, Madrid, 2001, p. 124.

Esta delimitación conceptual también fue acogida por nuestro legislador en la actual redacción de la norma sobre competencia desleal¹⁵, en ella se recoge expresamente la posibilidad de elaborar códigos de conducta a los que se van a comprometer los empresarios o profesionales de modo voluntario en las prácticas comerciales que lleven a cabo con los consumidores¹⁶. Esto es, un modo de regulación realizado por los empresarios de manera responsable y en razón de unos principios de conducta dirigidos a atender en sus relaciones en el ámbito empresarial o económico la tutela de los intereses de los consumidores.

Por consiguiente, cabe afirmar que los códigos de conducta están conformados por un elenco de principios de carácter privado cuya obligatoriedad en su cumplimiento se impone por la adhesión voluntaria que se haga a los mismos y que van a requerir que un tercero independiente los acredite¹⁷. Teniendo en cuenta, asimismo, que este conjunto de principios se caracteriza por un objetivo preciso, cuál es la tutela de los intereses y derechos de las partes afectadas y, en razón de ello, en su creación han de participar las organizaciones de consumidores, como así lo prevé y exige el propio texto de la norma.

La aprobación de códigos de conducta por parte de las entidades, asociaciones o profesionales que actúan en el mercado se establece como alternativa para superar algunas de las cuestiones que las lagunas normativas hacen plantear en la práctica, así como para conseguir un adecuado nivel de protección de los consumidores, en particular¹⁸. En este sentido, cabe considerar que el sistema autonormativo resulta un complemento del sistema jurídico y que discurre paralelo al mismo, lo que implica que la aprobación de códigos de conducta en determinados sectores del tráfico económico esté sometida al principio de legalidad¹⁹. Esto es, que las disposiciones o principios que conforman un código de conducta no pueden resultar opuestos a las normas imperativas.

¹⁵ Art. 37. 1º de la LCD.

¹⁶ Art. 16 de la Directiva 2000/31/CE, los arts. 6 y 10 de la Directiva 2005/29/CE y el art. 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio, en adelante LSSIyCE).

¹⁷ Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ, CANO, A., “Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal”, en VV.AA. *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, GÓMEZ SEGADÉ-GARCÍA VIDAL-OLIVENCIA RUIZ (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 271-280; TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales”, en VV.AA. *Comercio Electrónico en Internet*, GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 227-228.

¹⁸ Art. 37 de la LCD en el que se identifican como organismos con obligación de impulsar la elaboración y aplicación de códigos de conducta a las Administraciones Públicas, las corporaciones, asociaciones u otras organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores. Además de la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas y la observancia de la tutela de los menores y de la dignidad humana, en los casos en los que sus intereses se vean afectados.

¹⁹ Arts. 6 y 10 de la Directiva 2005/29/CE. Circunstancia que ya hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones VÁZQUEZ RUANO, T., *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 107-113; “La ordenación del entorno electrónico. Idoneidad del sistema autonormativo I”, *RAAP*, nº. 137, Madrid, enero, 2009, pp. 9-14 y “La ordenación del entorno electrónico. Idoneidad del sistema autonormativo II”, *RAAP*, Nº. 138, Madrid, febrero, 2009, pp. 9-14; y en *La inserción de enlaces en una web. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 201-205. Véanse también: MOLES, “*Derecho y control...*”, *op.cit.*, pp. 29-31. Si bien, existe una tendencia que destaca la posible influencia de los

A este respecto, la naturaleza jurídica de los principios de conducta que integran un código no ha sido una cuestión delimitada en su totalidad en la medida en que, a pesar de que se asemejan a las cláusulas contractuales por cuanto sólo vinculan a las partes contratantes que las hubieran aceptado debidamente y de forma voluntaria, se contraponen con la exigencia generalizada y asumida de las normas jurídicas²⁰. En consonancia con ello, se cuestiona también su posible determinación como condiciones generales en los contratos celebrados con los consumidores o, en su caso y cuando corresponda, si cabe apreciar que estos principios autonormativos son mecanismos idóneos de interpretación e integración de los contratos²¹.

En otro orden, hay que tener presente que los instrumentos que conforman la autorregulación, no se limitan a la aprobación de los códigos de conducta, sino que también se exige la previsión de la autoridad competente encargada de supervisar y observar el cumplimiento de su contenido de forma adecuada y el establecimiento de una serie de mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos surgidos en su aplicación. Se trata del establecimiento de un sistema de responsabilidades y de concreción de las relaciones contractuales existentes en el uso de códigos de conducta para que, en caso de incumplimiento de una obligación por parte del empresario adherido voluntariamente, el consumidor pueda reclamar ante el órgano de resolución extrajudicial de controversias con facultades para solventar el conflicto.

A ello se añade, además, el elemento material de la adhesión voluntaria al código de que se trate. Es decir, la creación de un sello o icono de confianza identificativo del mismo²². En este aspecto, pese a que corresponde al Estado la facultad de concretar los distintivos que permitan identificar la adhesión y el respeto que las entidades adscritas tienen hacia el contenido de un determinado código de conducta, se ha admitido también la competencia de las Comunidades Autónomas en lo que concierne al procedimiento de concesión del identificativo y otras funciones ejecutivas en relación a ello. Los efectos jurídicos de la inserción de dichos distintivos sobre el colectivo de consumidores es que éstos van a actuar en la creencia de que la entidad con la que se llevan a cabo las relaciones contractuales ha aceptado de manera voluntaria el cumplimiento de unas determinadas normas de conducta, así como el sometimiento a los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos que en él se hubieran determinado y a las decisiones que en su aplicación adopte el órgano de resolución

códigos de conducta en el ordenamiento jurídico, tal es el caso de: ESPINOSA CALABUIG, R., *La publicidad transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 112; MEDINA, “*Comunicaciones comerciales...*”, *op.cit.*, pp. 538-542; PATIÑO, “*La autorregulación...*”, *op.cit.*, pp. 42-56.

²⁰ A este respecto cabe destacar su validez y eficacia jurídica a partir de la *lex contractus* (art. 1091 del Cc).

²¹ Vid., MATEU DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de La Sociedad de la Información y Comercio Electrónico”, en VV.AA. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de La Sociedad de la Información y Comercio Electrónico*, MATEU DE ROS- LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (coords.), Aranzadi, Navarra, 2003, p. 187.

²² Tal es el caso, por ejemplo, del distintivo público de confianza en los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Disposición Final Octava de la LSSIyCE, por la que el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 1163/2005 de 30 septiembre, mediante el que se crea el distintivo público mencionado, así como los requisitos y procedimiento de concesión. BOE núm. 241, de 8 de octubre y que fue modificado por la Disposición Final Tercera del Real Decreto 231/2008, de 15 febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. BOE núm. 48, de 25 de febrero).

competente²³. En consecuencia, su previsión supone un incremento de la confianza y seguridad de los consumidores en la celebración de transacciones con la entidad adherida²⁴.

3. PREVISIONES JURÍDICAS EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL. LA LCD Y LA PROPUESTA

Las consecuencias que en el tráfico empresarial motivan la adhesión voluntaria de una entidad a los principios contenidos en un código de conducta y a los procedimientos y decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de controversias y que se materializa en la previsión del signo identificativo del mismo, ha sido uno de los objetivos que ha ocupado al legislador comunitario. La finalidad que justifica dicha preocupación no es otra que alcanzar un nivel adecuado de tutela de los intereses de los que participan en el mercado (competidores, consumidores y usuarios y destinatarios en general) y la corrección de las prácticas de carácter comercial que se desarrollan en el tráfico económico.

El seguimiento de los postulados y exigencias de la norma comunitaria ha traído como consecuencia que, en el ámbito nacional, se modifique la normativa vigente en materia de competencia desleal a fin de incluir una relación de comportamientos o actos sobre los códigos de conducta, así como una regulación expresa y específica de los mismos²⁵. La finalidad esencial de la reforma normativa aludida fue, además de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de la empresa en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/1004/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, garantizar la leal actuación de las entidades y profesionales en el mercado y proteger los intereses de los que participan en él evitando comportamientos desleales. Y, de manera específica, asegurar la tutela de los intereses de los consumidores en relación con los actos de competencia y la publicidad en las relaciones comerciales.

Cabe advertir, asimismo, que el cambio normativo referenciado se ha incluido en el contenido de la Propuesta como una parte más del Derecho mercantil. En consecuencia, se ha dedicado el Libro III de la misma al Derecho de la competencia y de la propiedad industrial en el que se prevé una regulación expresa de los códigos de conducta siguiendo la línea marcada por la actual Ley de Competencia Desleal. Aunque con algunas salvedades que serán objeto de análisis en los epígrafes sucesivos.

²³ Vid., BENAVIDES VELASCO, P., “Los sellos y marcas de calidad (*trustmarks*) en el mercado digital y el distintivo público de confianza en línea”, en VV.AA., *Marca y Publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, MARTINEZ GUTIERREZ, A. (dir.), La Ley, Madrid, 2009, pp. 615-618; GÓMEZ CASTALLO, J. D., “La Autorregulación e Internet”, en VV.AA., *Comercio electrónico en Internet*, GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 464-465; TATO, “Aspectos jurídicos...”, *op.cit.*, p. 226.

²⁴ Vid., VÁZQUEZ, “La protección...”, *op.cit.*, pp. 107-109; y en “La inserción...”, *op.cit.*, pp. 201-203;

²⁵ Arts. 5, 21, 37-39 de la LCD. Véase DE LA CUESTA RUTE, J. Mª., “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (A propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004)”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 256, 2005, pp. 676-690.

La Propuesta hace referencia a las dos perspectivas jurídicas indicadas en materia de códigos de conducta: de un lado, dispone un conjunto de actos desleales entre los que se incluyen algunos en relación con dichos códigos y la atención de los mismos por parte de las entidades que de manera voluntaria se han comprometido a su seguimiento; y, de otro, una ordenación expresa del sistema autonormativo en la que se recoge tanto el fomento de la elaboración de códigos de conducta, como las acciones judiciales que caben interponerse contra los responsables de ellos cuando incentiven comportamientos desleales o contrarios a Derecho.

Las previsiones normativas mencionadas resultan una novedad no sólo porque, como se ha indicado, hasta el momento no se había estimado la necesidad de regular con unas disposiciones jurídicas propias la aprobación de pautas de comportamiento asumibles con carácter voluntario²⁶; cuanto porque se incluye la autorregulación en el marco de la competencia desleal y, en la Propuesta, esta última se conforma como una parte más del Derecho mercantil propiamente dicho.

3.1. Prácticas desleales en relación con los códigos de conducta

La tutela de los intereses de los sujetos que participan en el mercado en relación con la aprobación y establecimiento de códigos de conducta se ha previsto en la norma sobre la base de tres preceptos concretos: uno de carácter general y dos específicos, como se analizará a continuación.

En cuanto al primero, hacemos alusión a la cláusula general de deslealtad en la que se reputa desleal *todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*²⁷. No obstante, se ha especificado la protección de los consumidores y usuarios concretando que en las relaciones que se lleven a cabo con los sujetos indicados resultará opuesto a las exigencias de la buena fe la conducta o comportamiento de un profesional que sea contrario a la diligencia que le es exigible y que distorsione significativamente el comportamiento económico del ‘consumidor medio’ (o ‘miembro medio del grupo’) o pueda llegar a distorsionarlo. Es decir, la conducta resulta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe y, en consecuencia, es desleal cuando el empresario en las relaciones con los consumidores y usuarios hubiera actuado al margen de la diligencia que le es propia afectando con ello las decisiones de los mismos en cuanto a la elección de una oferta o del sujeto que la ofrece, la contratación de un producto o servicio y sus condiciones, el abono del

²⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 2, 2011, pp. 6-7.

²⁷ Art. 321-1. 1º de la Propuesta, art. 4 de la LCD y art. 6 de la Directiva 2005/29/CE. La cláusula general prevista en la norma tiene naturaleza de cláusula *de cierre*, opinión compartida entre otros por autores como: BARONA VILAR, S., *Competencia desleal. Tutela Jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*, tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 312; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 152; SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en VV.AA., *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Nóvoa*, GOMEZ SEGADE-GARCIA VIDAL (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 398-399.

correspondiente pago, la conservación del bien o servicio y la ejecución de sus derechos contractuales²⁸.

En este sentido, la transposición de la previsión comunitaria llevada a cabo en nuestra norma ha mantenido la redacción de la cláusula general anterior, lo que ha supuesto que se reconozca: de un lado, la deslealtad de todo acto contrario objetivamente a la buena fe y, de otro, se prevé la contravención de la diligencia profesional como un tipo de comportamiento determinado que aglutina las prácticas honestas en el mercado. Así, al contrario de la Directiva comunitaria, nuestro ordenamiento sigue otorgando a la buena fe la consideración de base de la cláusula general, seguida de la diligencia profesional y, en su caso, de las prácticas honradas en el tráfico económico. Pues, de forma expresa se estima la diligencia profesional como *el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado*.

Obvia aludir a las posibles cuestiones interpretativas que esta redacción plantea en la práctica y que se hubieran podido salvar transcribiendo el contenido de la norma comunitaria o, por el contrario, manteniendo las previsiones anteriores de la Ley de Competencia desleal en este aspecto²⁹. Cabe advertir que la Propuesta no salva estas incertidumbres jurídicas, por cuanto conserva el contenido de la norma vigente, considerando desleal lo que resulte objetivamente contrario a la buena fe y, en la relaciones con los consumidores, se especifica que aquél va a ser el comportamiento opuesto a la diligencia profesional. Pero se elimina la delimitación conceptual del término ‘diligencia profesional’³⁰.

Asimismo, como se ha indicado, la práctica resultará desleal cuando produzca el efecto de mermar la capacidad del ‘consumidor medio’ (o ‘miembro medio del grupo’ especialmente vulnerable) para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa sobre su comportamiento económico y que no hubiera tomado de no ser por la actuación que distorsiona de manera notable dicho comportamiento³¹. En este aspecto, recordamos que fue la jurisprudencia del TJCE la que se encargó de la concreción del concepto de ‘consumidor medio’ al indicar que lo era el consumidor *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*³² o, cuando corresponda, si se perjudica la conducta

²⁸ En igual sentido que el art. 7 del Cc, en el que se exige un ejercicio honesto y leal de los derechos. Vid., MASSAGUER, “Comentario a la Ley...”, *op.cit.*, pp. 155-156.

²⁹ En esta misma opinión, pueden consultarse los comentarios de: MASSAGUER, “Comentario a la Ley...”, *op.cit.*, p. 147; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Art. 4. La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal”, en VV. AA. *Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, ARMIJO CHÁVARRI, E. (coord.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 29-37; y TATO PLAZA, A., FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, Ch., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 66.

³⁰ Tal vez por estar ya definida en el art.2 h) de la Directiva 2005/29/CE.

³¹ Vid., VÁZQUEZ, “La inserción...”, *op.cit.*, pp. 71-72.

³² Por tanto, el concepto de ‘consumidor medio’ no puede entenderse como una referencia estadística, sino que van a ser los tribunales nacionales los que –de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE- adopten su propio criterio. El pronunciamiento de referencia fue la Sentencia del TJCE, Sala Quinta, de 16 de julio de 1998, Asunto C-210/96, pág. I-04657, sobre la petición del *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania) al Tribunal de Justicia de una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra e) del apartado 2 del art. 10 del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a

económica del ‘consumidor medio de un grupo’ especialmente vulnerable por razones personales o sociales.

La conexión de esta cláusula y los códigos de conducta puede hacerse, a nuestro entender, en relación con el posible incumplimiento de las previsiones a las que el sujeto se ha comprometido de manera voluntaria en un doble sentido. De un lado, de forma general, en lo que respecta a los participantes en el mercado. En este caso, se mantiene el criterio de la actuación opuesta a las exigencias de la *buena fe* en un sentido objetivo. En segundo término, en lo que a las relaciones comerciales con los consumidores se refiere, como se ha indicado, la norma determina qué es la contravención de la buena fe. Es decir, la actuación que es opuesta a la honestidad profesional exigible al empresario en el mercado y que, además, sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento del ‘consumidor medio’. Así, lo podría ser que el contenido de un código de conducta establezca entre sus principios el reconocimiento de derechos o facultades como si fueran específicas cuando, en realidad, ya se encuentran recogidas en la norma jurídica de aplicación.

En otro orden, como indicábamos al inicio, conviene atender a los preceptos particulares en relación con ciertos comportamientos llevados a cabo en el mercado y los códigos de conducta. En consecuencia, se establece un supuesto concreto de deslealtad por engaño en relación con los destinatarios en general, cuál es la práctica comercial consistente en que un empresario o profesional no respete el contenido del código de conducta al que se encuentra adscrito³³. Así, se considera desleal por engañoso que el empresario o profesional que hubiera hecho pública su adscripción a un código incumpla los compromisos que le vinculan cuando éstos sean firmes y puedan verificarse y la conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios. Por consiguiente, la determinación de la deslealtad de la aludida actuación implica el cumplimiento necesario de unos presupuestos que se concretan en los siguientes: la precisa y voluntaria adhesión de una entidad a un código de conducta de contenido firme y verificable, lo que supone que

determinadas normas de comercialización de los huevos (DOUE L 173) en el asunto entre *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky y Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*. A este respecto, pueden mencionarse los siguientes trabajos: GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la Sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los Negocios*, n.º 103, 1999, pp. 1-15; también en “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, *Estudios sobre consumo*, n.º 75, octubre, 2005, pp. 31-35; y en “Las nociones consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento n.º 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 247, 2007, pp. 9-19. Sin embargo, en algunos casos el ‘consumidor medio’ se caracteriza por ostentar cierto nivel de especialización o experimentación, como así lo han destacado: DE LA CUESTA RUTE, J. M.^a, “Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento indebido de la reputación ajena”, en VV.AA., *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (coord.), BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 35-39; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Fundamentos del Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 261-263; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 91-95; TATO PLAZA, A., “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores”, *ADI*, n.º 27, 2006-07, pp. 425-436.

³³ Art. 322-2. 3.º de la Propuesta y art. 5.2º de la LCD.

cuenta con un sistema y un órgano de resolución extrajudicial de controversias propio³⁴; que se hubiera hecho pública tal circunstancia en la práctica comercial; y que los principios contenidos en el código se incumplan por parte del empresario que está adherido a los mismos³⁵.

Sin embargo, hay que llamar la atención sobre la simplificación del contenido de la Propuesta en relación con las previsiones de la LCD a este respecto, la cual añade un requisito y es que en el supuesto de hecho concreto la conducta fuera susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios³⁶. Esto es, que la inobservancia de los compromisos asumidos por la adhesión al código ocasionare un perjuicio relevante para su comportamiento económico suponiendo una merma de la capacidad para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa y optando por una elección que, de otro modo, no hubiera realizado³⁷. En caso contrario, el incumplimiento de las pautas de comportamiento contenidas en un código de conducta no podría estimarse desleal por engañoso.

Siguiendo esta previsión, la línea interpretativa de la norma actual permite afirmar que la deslealtad del acto de engaño que en los destinatarios ocasiona el incumplimiento de los principios contenidos en el código deriva de que los motivos que le hicieron actuar de una determinada forma en el mercado se vean malogrados y se perjudique su comportamiento económico³⁸, sin embargo la eliminación de esta última apreciación en la Propuesta hace establecer una interpretación diversa. Nos referimos a la consideración de la deslealtad en la propia vulneración de los principios autonormativos a los que el empresario se vinculó dando publicidad a tal compromiso y siempre que éstos resulten firmes y verificables. Aspecto que, a diferencia del contenido de la Directiva comunitaria, no se recogió en nuestro texto normativo³⁹. Pues, el legislador comunitario reconoce que el incumplimiento del código de conducta que puede producir el engaño en los destinatarios proviene de la mención que se hace en la relación con éstos sobre la vinculación a las disposiciones del código.

Por último, hay que referirse a las prácticas comerciales que se realizan con los consumidores en particular⁴⁰. En lo que a ello concierne, se ha previsto que son desleales por engañosas, en todo caso, ciertas actuaciones en relación con la adscripción

³⁴ Vid., BERCOVITZ, “*Los códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 271-280; DE LA CUESTA, “*Un límite al poder...*”, *op.cit.*, pp. 680-690; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “Incumplimiento de códigos de conducta como práctica de competencia desleal”, VV. AA. *Distribución comercial y derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ-ECHEVARRÍA SÁENZ (dirs.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 565-588; VÁZQUEZ, “*La inserción...*”, *op.cit.*, pp. 206-211.

³⁵ Es decir, las pautas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas (letra f) del art. 2 de la Directiva 2005/29/CE).

³⁶ Art. 5. 2º de la Ley 29/2009 que trae su causa en el art. 6. 2º b) y en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, apartados 1 a 3. No obstante, parte de los autores destaca el complejo entendimiento de este contenido normativo, consúltese MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 5 y 7-9.

³⁷ Letra e) del art. 2 de la Directiva 2005/29/CE.

³⁸ Según el art. 6.2º de la Directiva 2005/29/CE. A este respecto, son de interés los trabajos de BERCOVITZ, “*Los códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 271-280; MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 9-10; y TATO, FERNÁNDEZ, HERRERA, “*La reforma...*”, *op.cit.*, p. 146.

³⁹ Vid., MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 9-11 que relaciona el contenido del art. 5.2º de la LCD con el del art. 15 de la misma norma.

⁴⁰ Art. 322-4 de la Propuesta y art. 21.1º y 2º de la LCD.

a un código de conducta y con la previsión de un sello de confianza⁴¹. Así, es desleal por engañoso que en una práctica comercial se afirme faltando a la verdad que el empresario o profesional está vinculado a un código; o que éste ha obtenido el correspondiente refrendo del organismo competente; o se prevea un icono de confianza que materialice la vinculación con un código sin haber sido cierto. Al ser prácticas que se realizan con los consumidores se califican de desleales por engañosas en cualquier circunstancia, sin que sea necesario el cumplimiento de otros presupuestos de enjuiciamiento de las mismas. La razón de esta apreciación se halla en la específica tutela de los consumidores en el mercado por la confianza generada respecto a ciertas entidades y por la seguridad de las relaciones contractuales con ellas⁴², en la medida en que la adhesión a las pautas de un código de conducta implica que la entidad se somete de forma voluntaria a mayores exigencias normativas en sus actuaciones en el mercado, así como a unos mecanismos específicos de supervisión y control de su cumplimiento⁴³.

La Propuesta⁴⁴, siguiendo el contenido previsto en la norma de competencia desleal vigente, considera que es desleal por engañoso el hecho de que un empresario asegure que está adherido a un código de conducta sin que sea cierto; o muestre un icono de calidad o confianza que identifique que la entidad se ha comprometido con las disposiciones de un determinado código de conducta y con los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el mismo, pero sin que se le hubiera autorizado para ello. E, incluso, que el código en cuestión ha sido refrendado por un organismo público o acreditado por una entidad competente, pese a que no se hubiera hecho efectivo.

3.2. Disposiciones normativas específicas sobre códigos de conducta

La Propuesta de Código mercantil, de acuerdo con el contenido de la normativa vigente en materia de competencia desleal, junto a ciertas actuaciones comerciales desleales en relación con los códigos de conducta y a las que nos hemos referido con anterioridad, regula de manera novedosa y explícita los mencionados códigos⁴⁵. Las previsiones jurídicas referenciadas tienen por finalidad incrementar la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios mediante el fomento del sistema autonormativo y el

⁴¹ Art. 322-4 de la Propuesta y art. 21 de la LCD. En esta misma opinión, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 373-374, pues considera que en las relaciones comerciales entre entidades y consumidores existe un desequilibrio informativo.

⁴² Vid., DE LA CUESTA, “*Un límite al poder...*”, *op.cit.*, pp. 680-692; LOPEZ JIMENEZ, D., GALLEGU PEREIRA, Mª D., BUENO AVILA, S., *La Confianza en el Comercio Electrónico*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2011, p. 62; RODRÍGUEZ, “*Incumplimiento...*”, *op.cit.*, pp. 570-580.

⁴³ MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁴ Art. 322-4 de la Propuesta.

⁴⁵ Arts. 350-1 y 350-2 de la Propuesta y arts. 37 a 39 de la LCD. Para ampliar esta referencia: GÓMEZ CASTALLO, J. D., FERNANDO MAGARZO, Mª R., “Códigos de conducta y sistemas de autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales I”, *RAAP*, nº 163, mayo, 2011, pp. 11-15 y “Códigos de conducta y sistemas de autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales II”, *RAAP*, nº 164, junio, 2011, pp. 13-15; RODRÍGUEZ, “*Incumplimiento...*”, *op.cit.*, pp. 570-580.

establecimiento de mecanismos de resolución extrajudicial de posibles reclamaciones que resulten eficaces, tal y como insta el legislador.

El contenido de la Propuesta recoge los códigos de conducta desde una doble perspectiva: por un lado, la promoción del sistema autonormativo como forma de organización de las relaciones en el mercado; y, de otro, la posibilidad de ejercer acciones judiciales contra los códigos de conducta en determinados supuestos y, además, frente a los empresarios y profesionales que estuvieran adheridos a los mismos.

En cuanto al primer aspecto, como se ha advertido, inicialmente se fomenta la aprobación de códigos de conducta poniendo de manifiesto que las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales o profesionales y de consumidores tienen la posibilidad de autorregular su actuación mediante la aprobación de códigos de conducta, debiéndose respetar en todo caso las disposiciones normativas vigentes en materia de defensa de la competencia y darle la suficiente publicidad para que sean conocidos por los destinatarios⁴⁶. Del mismo modo, se reconoce la necesidad de que los códigos que se aprueben cuenten con órganos independientes de control que aseguren el correcto cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de las empresas que de manera voluntaria se hubieran adherido a los mismos⁴⁷. Debiendo incluir, a su vez, mecanismos de resolución extrajudicial de las controversias que en su aplicación puedan suscitarse. Esta consideración, no obsta la posible interposición de las acciones judiciales previstas en la norma cuando proceda, como tendremos ocasión de analizar seguidamente.

En otro orden, las disposiciones jurídicas específicas sobre los códigos de conducta incluyen el ejercicio de acciones judiciales frente a los empresarios adheridos públicamente a ellos que infrinjan las obligaciones asumidas de forma libre o incurran en actos de competencia desleal y, también, contra los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten actos desleales. Siendo el responsable del código el órgano independiente previsto en él y dotado de facultades de control para garantizar que las entidades adscritas cumplan las pautas a las que voluntariamente se han comprometido. No obstante, en este aspecto llama la atención que el contenido de la Propuesta difiere de las referencias normativas vigentes en materia de competencia desleal, como se comprobará a continuación.

Nuestro legislador recoge la posibilidad de ejercer las acciones de cesación y rectificación frente a los códigos de conducta opuestos a las previsiones normativas de la LCD y frente a los empresarios y profesionales adheridos a dichos códigos⁴⁸. Así, de un lado, es factible la interposición de las acciones judiciales mencionadas contra los responsables de los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen

⁴⁶ Art. 350-1 de la Propuesta y art. 37 de la LCD, este último impulsa la creación de códigos de conducta a nivel comunitario, siendo las Administraciones públicas las competentes para incentivar la participación de las organizaciones empresariales y profesionales.

⁴⁷ A este respecto, se exige que sean notificados a la Comisión una vez que se ha verificado que respetan los principios de la Resolución del Consejo de 25 de mayo 2000 relativa a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo (DOUE C 155, de 6 de junio 2000) o cualquier disposición equivalente. Dicha Resolución impone el cumplimiento de las disposiciones de la Recomendación 98/257/CE sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (DOUE L 115, de 17 de abril 1998), a saber: independencia, transparencia, eficacia, legalidad, libertad, representación y contradicción.

⁴⁸ Art. 32 de la LCD.

comportamientos que resulten desleales⁴⁹. Es decir, los que incluyan principios que sean contrarios a la normativa sobre competencia desleal u otra regulación de carácter imperativo. Si bien, se impone como necesidad que previo al ejercicio de las mismas se requiera obligatoriamente al responsable del código que cese o rectifique la recomendación calificada de desleal y, respecto de los casos en los que aún no se hubiese realizado el acto ilícito y fuera previsible su ejecución, que se obligue a no hacerlo⁵⁰. Planteado el requerimiento aludido, se concede un plazo de quince días a contar desde la presentación de la solicitud en el cual corresponde al responsable cumplir el deber de emitir su pronunciamiento. En el caso de que expire este tiempo sin que se hubiera notificado la decisión o ésta fuera insatisfactoria, así como en los supuestos en los que se siga realizando la recomendación contraria a Derecho, el afectado podrá acudir a la vía judicial a fin de ejercitar las acciones indicadas.

La exigencia mencionada que recoge nuestro legislador es extrapolada, del mismo modo, a aquellos planteamientos en los que se pretende ejercitar las acciones judiciales de cesación y rectificación frente a empresarios o profesionales que no observen el contenido del código de conducta al que están vinculados, siendo los compromisos asumidos firmes y verificables y habiéndose hecho públicos, y con ello afecten o perjudiquen de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios en el mercado⁵¹. De igual modo, en este caso, se precisa que a priori se inste al órgano de control y supervisión la cesación o rectificación de la práctica desleal llevada a cabo por los que estén vinculados a dicho código, como presupuesto obligatorio y previo al ejercicio de la acción judicial. La posibilidad de interponer las correspondientes acciones va a estar condicionada, por tanto, a que transcurrido el plazo establecido en la norma el reclamante no hubiera recibido notificación alguna o, habiendo sido notificada, le resulte insatisfactoria o fuera incumplida.

En consecuencia, la previsión mencionada resulta un refuerzo del sistema de limitación de los incumplimientos del código, ya que además de las previsiones del propio código se suma la acción judicial de competencia desleal en su aspecto sustantivo y procesal. Así, la norma vigente distingue entre los supuestos desleales aludidos en los que establece la solicitud previa de rectificación y cesación como un presupuesto preceptivo al ejercicio de las acciones judiciales de esa misma naturaleza y el resto de comportamientos desleales en los que el requerimiento a priori de la cesación o rectificación se plantea con carácter facultativo.

Sin embargo, como se ha adelantado, cabe reparar sobre el contenido de la Propuesta en este sentido y que resulta diverso a las previsiones normativas en vigor. La regulación de los actos desleales en la Propuesta y de la aprobación de códigos de conducta incluye, además, los mecanismos judiciales habilitados para que el sujeto afectado por la vulneración o amenaza de sus intereses, la entidad que los represente; o, en su caso, las que se ocupen de proteger los intereses colectivos, puedan interponer las correspondientes acciones. Estableciéndose un sistema común de acciones judiciales y

⁴⁹ Art. 38 de la LCD.

⁵⁰ Vid., DE MIGUEL, “Derecho Privado...”, *op.cit.*, pp. 373-374; TATO, FERNANDEZ, HERRERA, “La reforma...”, *op.cit.*, p. 324.

⁵¹ Según lo dispuesto en el art. 39 de la LCD.

normas procesales para los comportamientos desleales y para las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado.

Respecto de los comportamientos desleales, la Propuesta concreta únicamente la posibilidad de interponer las acciones judiciales de cesación y rectificación frente a los responsables de los códigos de conducta que incentiven o recomienden comportamientos contrarios a Derecho o calificados como desleales. Si bien, en este supuesto, se prevé el deber de instar al responsable previo al ejercicio de las acciones indicadas que rectifique o cese y, en su caso, se abstenga de impulsar o fomentar las conductas que resulten contrarias a la competencia leal en el mercado o sean ilícitas. El responsable cuenta con un plazo de quince días desde la presentación de la solicitud de rectificación o cesación (o abstención) para emitir obligatoriamente su pronunciamiento. Pasado este tiempo sin que se hubiera notificado la decisión, o bien ésta sea insatisfactoria e, incluso, cuando se siga realizando la recomendación contraria a Derecho, el afectado podrá acudir a la vía judicial para interponer las acciones indicadas.

Por su parte, la apreciación de los supuestos desleales por engaño referenciados con anterioridad legitiman al sujeto afectado, al que pueda ver amenazados sus intereses económicos, así como las entidades, asociaciones o corporaciones que representen los intereses colectivos o actúen en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a interponer las acciones judiciales recogidas en la norma⁵². Sin embargo, no se contempla, respecto de estos casos, la necesidad de solicitar con carácter previo y obligatorio la rectificación o cesación de la conducta al responsable del código⁵³.

No obstante, hay que recordar que al tratarse de prácticas comerciales desleales en relación con los consumidores por resultar engañosas o, cuando corresponda, por contravenir lo dispuesto en la cláusula general de deslealtad, desde la perspectiva administrativa se precisa también la atención de la normativa vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios⁵⁴.

4. CONEXIÓN ENTRE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La referencia a las disposiciones jurídicas en materia de defensa de la competencia se justifica en este trabajo en cuanto que la Propuesta incluye en su Libro III una regulación sustantiva de la misma en el mercado⁵⁵, junto a las aludidas normas en materia de competencia desleal y al régimen normativo aplicable a la propiedad industrial. La interconexión de los códigos de conducta y los actos de defensa de la competencia cabe hacerla en la medida en que es el propio legislador el que prevé el

⁵² Arts. 341-1 y 341-2 de la Propuesta.

⁵³ Algunos autores, como MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, p. 15, ponen de manifiesto la contradicción entre el ámbito de aplicación del art.5. 2º de la LCD (códigos con independencia de que sus destinatarios sean otros empresarios o profesionales o sean consumidores) y el art. 37.1º del mismo texto (códigos de conducta que regulan las prácticas comerciales con los consumidores).

⁵⁴ Arts. 47. 3º, 49. 1º. 1) y 79. 1º de la LGDCyU.

⁵⁵ Arts. 331-1 a 332-16 de la Propuesta.

fomento de la aprobación de códigos de conducta, pero limitados por dos aspectos esenciales: de un lado, en razón de la ya indicada participación de las organizaciones de consumidores; y, de otro, en cuanto a la atención a la normativa de defensa de la competencia⁵⁶, así como la necesidad de darle la publicidad suficiente para conseguir un nivel mayor de tutela de los consumidores.

En este sentido, respecto del tema que nos ocupa, la Propuesta prohíbe de forma expresa los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas, así como las prácticas concertadas o conscientemente paralelas cuyo efecto o finalidad sea limitar, restringir o falsear la competencia en el mercado nacional (o en parte del mismo)⁵⁷. En consonancia con ello, hay que recordar que el código de conducta se define como un acuerdo de voluntades o normas aceptadas de manera libre en las que se concreta el comportamiento de las entidades en el mercado o sectores del tráfico económico específicos y cuyo cumplimiento se asume de modo voluntario.

En consecuencia, y en cuanto que el código autonormativo es equivalente a un acuerdo entre profesionales de un determinado sector, cabe afirmar que su contenido no puede tener por objetivo, ni producir una limitación o restricción de la competencia en el mercado. En particular, en lo que concierne a la fijación de precios o condiciones comerciales; la obstaculización o control de la producción, distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; la división del mercado o las fuentes de aprovisionamiento; o que unos competidores se sitúen en una posición de desventaja frente a otros; ni que se condicione la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no tengan relación con el objeto de dichas relaciones contractuales.

Sin embargo, y a pesar de la limitación de los comportamientos colusorios, se permite su ejecución si resultan amparados y justificados en una de las exenciones previstas en el propio texto y que cabe clasificar según diversos criterios. A saber: las que tengan por objeto la mejora de la producción o comercialización y la distribución de productos y servicios, o fomenten el progreso económico o técnico (criterio de eficiencia); las que se justifiquen en las previsiones reglamentarias comunitarias o de ámbito nacional (criterio de reglamentación); las que no perjudiquen de manera significativa la competencia en el mercado (criterio de la escasa importancia); y las razonadas en base al interés público (criterio de resolución del órgano facultado en materia de competencia).

Al margen de las excepciones referenciadas, la inobservancia de las previsiones jurídicas en materia de prácticas colusorias trae como consecuencia que el afectado pueda reclamar judicialmente el acuerdo contrario a la defensa de la competencia en el mercado. Así, la Propuesta define el mismo sistema de acciones y normas procesales que los previstos en materia de competencia desleal⁵⁸. Por lo que, tanto los actos desleales, como las prácticas que supongan un obstáculo a la competencia en el mercado se enjuician tras la interposición de equivalentes acciones judiciales⁵⁹. Cuales son: la

⁵⁶ Véanse DE LA CUESTA RUTE (2010, p. 44) y TATO, FERNANDEZ, HERRERA, “*La reforma...*”, *op.cit.*, pp. 325-336.

⁵⁷ Art. 331-1 de la Propuesta.

⁵⁸ Art. 341-1 de la Propuesta.

⁵⁹ Art. 32 de la LCD.

acción declarativa de la ilicitud del comportamiento en el mercado en los supuestos en los que el perjuicio ocasionado se mantenga; la de cesación de la práctica o, en su caso, la prohibición de la misma cuando aún no se ha llevado a cabo; la de remoción de los efectos que se hubieran producido; la de rectificación en los casos en los que se enjuicien informaciones que sean engañosas, incorrectas o falsas; la de resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieran generado cuando se estime que la práctica se ha realizado de forma dolosa o culpable por parte del que la ejerce; y la acción de enriquecimiento injusto. Esta última se reconoce respecto de los comportamientos que impliquen una lesión de la posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de contenido económico equivalente. Por lo que, únicamente podrá ser interpuesta por el titular de dicha posición jurídica y frente a quien fuere el beneficiario del enriquecimiento.

A ello nuestro legislador, en la norma de competencia desleal vigente, añade la posibilidad de que el tribunal encargado del enjuiciamiento de la conducta acuerde la publicación de la sentencia, desvinculándola de la acción de resarcimiento como estaba prevista hasta ahora o de una declaración rectificadora. Sin embargo, conviene reseñar, que esta previsión ha sido eliminada en el texto de la Propuesta.

La interposición de las acciones indicadas, como es sabido, precisa que el sujeto esté debidamente legitimado para ello⁶⁰ y, a este respecto, va a corresponder su ejercicio de forma genérica a los que participen en el mercado, en la medida en que sus intereses económicos resulten dañados o amenazados directamente. No obstante, la norma amplía el elenco de legitimados estableciendo la posibilidad de que, además, interpongan las acciones declarativa, de cesación y rectificación, así como la de remoción de los efectos las entidades que siguen. A saber: las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de los intereses económicos de sus miembros que resulten afectados; asociaciones de consumidores y usuarios, así como los órganos que -en el ámbito comunitario, estatal, autonómico o local- resulten competentes en materia de defensa de los consumidores sobre actos desleales y prácticas restrictivas de la competencia; y el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios. Por su parte, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto o práctica ejercitada sobre un grupo de consumidores o usuarios podrán interponerla, junto a las asociaciones de consumidores y las entidades constituidas para la defensa de los mismos, también los propios grupos de afectados⁶¹.

En lo que concierne a la legitimación pasiva⁶², la acción judicial tendrá que dirigirse contra el sujeto que hubiera llevado a cabo el comportamiento contrario a la leal competencia en el mercado o la conducta restrictiva de la competencia o, en su caso, si hubiera cooperado para que el acto ilícito se pudiese ejercer. Se advierte la salvedad que sobre esta cuestión hace el legislador en cuanto a los trabajadores y

⁶⁰ Art. 341-2 de la Propuesta y art. 33 de la LCD. En el caso de un supuesto de publicidad ilícita la legitimación se extiende a cualquier persona (física o jurídica) afectada y a quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo.

⁶¹ Siguiendo lo dispuesto en el art. 11. 2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero, en adelante LEC).

⁶² Artículo 341-3 de la Propuesta y art. 34 de la LCD.

colaboradores del empresario, en cuyo caso siempre que la conducta se haga dentro de las competencias y obligaciones asumidas en la relación contractual con el principal, las acciones declarativas, de cesación, remoción y rectificación deberán dirigirse a este último. Mientras que el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, así como la acción de enriquecimiento injusto se interpondrá de acuerdo con las previsiones del Derecho común.

Por último, conviene indicar que las acciones previstas y que, como se ha señalado, son aplicables tanto a los supuestos de competencia desleal, como a las conductas o comportamientos restrictivos de la competencia en el mercado, tienen un plazo de prescripción de un año⁶³. Éste comienza a computar desde el momento en que se pudieron ejercitar y el que resulte legitimado para su ejercicio tenga conocimiento de la persona que ejerció el acto enjuiciado. Y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde que hubiera finalizado la actuación. Si bien, cuando se trate de actos contrarios a Derecho que se llevan a cabo de modo continuado o reiterado el cómputo de los plazos temporales previstos será a partir del momento en que no exista el riesgo de repetición de los mismos.

A mayor abundamiento, la unificación del sistema de acciones ejercitables en materia de competencia desleal y de las conductas restrictivas de la competencia en la Propuesta, ha hecho eliminar del texto de la misma la posibilidad de que el sujeto solicite al juez la práctica de diligencias con la finalidad de comprobar los hechos de relevancia para su enjuiciamiento⁶⁴.

En otro orden, hay que tener en cuenta que algunas prácticas restrictivas de la competencia constituyen también ilícitos administrativos según las normas especiales y, en este sentido, es de aplicación la ley que se ocupa de regular las instituciones de defensa de la competencia. Extrapolándose, esta misma referencia, en cuanto a las actuaciones de competencia desleal que produzcan un falseamiento de la competencia en el mercado de tal magnitud que afecte al interés público en el entorno competitivo en cuestión⁶⁵.

Además de la prohibición de las conductas colusorias, cabe añadir que el texto de la Propuesta sigue la línea marcada por nuestro legislador en la LDC⁶⁶, estableciendo una regulación específica no sólo de este tipo de conductas, sino también de las situaciones de abuso de la posición dominante y de las concentraciones económicas. Las primeras, como norma general, resultan prohibidas en la Propuesta, en la que además se matizan una serie de supuestos concretos calificados como contrarios a la defensa de la competencia por suponer un abuso de la posición de superioridad ostentada en el mercado. Por su parte, las concentraciones económicas son entendidas como una modificación estable del control total o parcial de una o varias entidades por diversas razones y, en este sentido, quedan sometidas a la intervención administrativa llevada a cabo por el órgano competente en materia de defensa de la competencia. Las

⁶³ Art. 341-4 de la Propuesta y art. 35 de la LCD.

⁶⁴ Art. 36 de la LCD.

⁶⁵ Art. 342-2 de la Propuesta.

⁶⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio, en adelante LDC). En concreto, arts. 1-10 de la misma.

resoluciones de dicho órgano han de atender a los presupuestos concurrenciales en cada caso. La característica común de las previsiones normativas de ambas prácticas en el mercado es su asimilación a la regulación vigente en el ámbito europeo, lo cual no es sino un presupuesto de la seguridad jurídica.

No obstante, como se ha advertido, las normas orgánicas y las relativas al procedimiento administrativo ante el órgano competente en materia de defensa de la competencia se mantienen previstas en la regulación específica en vigor en nuestro ordenamiento.

5. CONCLUSIONES

La autorregulación o la aprobación de códigos de conducta por parte de las entidades para normar su comportamiento en el ámbito económico es una forma de complemento de las previsiones normativas que impone el poder público. La pretensión de su establecimiento es conseguir un adecuado nivel de protección de los consumidores que participan en el mercado, tratando de conferir confianza y seguridad en las relaciones comerciales que se llevan a cabo entre empresarios o profesionales y los consumidores. No obstante, el sistema autonormativo consiste no sólo en la aprobación de códigos que contienen pautas de comportamiento y que las entidades han de aceptar de forma voluntaria y libre, sino que además el propio contenido del código ha de prever la entidad encargada de su cumplimiento, así como los mecanismos de resolución de controversias de carácter extrajudicial que en su aplicación puedan plantearse. Unido a ello, es de destacar la aprobación de un icono o sello de confianza que es la materialización de la adscripción al código de conducta y que permite distinguir entre las entidades que van a respetar la normativa vigente y aplicable al ámbito empresarial y también se encuentran vinculadas por las disposiciones previstas en un código autonormativo.

La repercusión jurídica que caracteriza al sistema autonormativo tanto desde la perspectiva de las entidades, como desde la de los consumidores en particular o de cualquier operador económico en el mercado, ha hecho precisa la regulación del mismo en un doble sentido. De un lado, limitando prácticas desleales sobre los códigos de conducta y los sellos de confianza que suponen un perjuicio para la competencia en el mercado. Y, de otro, estableciendo una expresa regulación de los códigos de conducta en la que se aboga por el fomento de su aprobación contando con la participación de las entidades que representan a los consumidores en el mercado y en la que, además, se recoge un sistema de acciones judiciales frente a los empresarios adheridos que infrinjan las obligaciones asumidas o incurran en actos de competencia desleal, así como contra los responsables de los códigos cuyo contenido fomente actos desleales.

La relevancia del tratamiento del sistema autonormativo en la Propuesta de Código mercantil resulta novedosa en cuanto que el texto referenciado incluye el régimen aplicable a la competencia (incluyendo los códigos de conducta) como una materia Derecho mercantil. Esto implica que se abogue por una nueva concepción del

Derecho mercantil que se conforma por las materias básicas y, también, por el comportamiento de los que participan en el mercado en un sentido amplio.

La inserción de la regulación de los códigos de conducta en el régimen de la competencia se establece en la Propuesta de forma similar a lo dispuesto en la normativa vigente, pero con ciertas matizaciones. A este respecto, interesa destacar la simplificación del contenido en unos supuestos y el establecimiento un sistema común de acciones judiciales y normas procesales para los comportamientos desleales y para las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado.